

Conservadurismo en el pensamiento jurídico de Richard Posner

*Eduardo Ramírez**

INTRODUCCIÓN

La integración de México con Estados Unidos de América, acentuada por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, ha intensificado el flujo de corrientes externas tendientes a reestructurar el marco ideológico mexicano. El sistema jurídico es una de las áreas en las cuales más activamente se ha desplegado este influjo, particularmente en el ámbito del derecho económico.¹

El sistema jurídico nacional, desde la Revolución de 1910, había pretendido equilibrar concepciones económicas liberales con las

* Centro de Investigaciones sobre América del Norte, CISAN, UNAM. Agradezco al Dr. Raúl Ávila Ortiz los comentarios valiosos que se sirvió aportar para el enriquecimiento de este trabajo, sobre todo las reflexiones que hizo sobre aspectos históricos del desarrollo del conservadurismo en su expresión jurídica.

¹ Entendido como las instituciones jurídicas que regulan los fenómenos relacionados con el mercado.

exigencias de justicia social. A partir de 1982, se introdujeron reformas constitucionales y legales para reducir el espacio de las concepciones sociales y consolidar un sistema jurídico de liberalismo económico.

En el sistema político, esta reestructuración del sistema jurídico la realizó autoritariamente el poder Ejecutivo a través de la tradicional mayoría legislativa del partido oficial, perdida hasta 1997. Lo positivo habría sido conformar un nuevo proyecto nacional legitimado por el consenso democrático, que estableciera nuestra postura nacional frente a la globalidad y la integración regional, y que pudiera irse implantando con convicción de los gobernados, evaluando públicamente y rectificando con la participación de la sociedad civil.

La mencionada reestructuración tampoco obedeció a un proceso de discusión y deliberación teórica desarrollado en los foros jurídicos mexicanos. En primer lugar, porque los grupos tecnocráticos en el poder a partir de 1982 no promovieron la participación de las agrupaciones de juristas del país en el diseño de la referida reestructuración del sistema jurídico nacional. En segundo lugar, porque la ausencia de tradición democrática, el presidencialismo autoritario y la inexistencia de una real separación de poderes en el México posrevolucionario enervaron el desarrollo teórico-jurídico vernáculo. Y, en tercer lugar, porque el pensamiento jurídico nacional se había autoexcluido del debate económico y político, debido a la prolongada hegemonía del formalismo positivista kelseniano por más de tres décadas.

Si las mencionadas reformas no han sido fruto de un desarrollo jurídico nacional, ¿de dónde ha provenido su inspiración? Consideramos que dimana, principalmente, del pensamiento jurídico contemporáneo de Estados Unidos de América. Entre los pensadores de reconocible influencia habría que destacar a Hayek, Nozick, Buchanan, North y Posner. Este último autor, Richard Posner, ha sido un importante promotor de la escuela conocida como Análisis Económico del Derecho o como Derecho y Economía. Esta escuela, aparte de su influencia en las políticas públicas mexicanas de los últimos lustros, ha venido cobrando una cada vez mayor presencia en la vida académica nacional.

No obstante dicha influencia, la teoría posneriana no ha sido estudiada suficientemente, desde la perspectiva mexicana.² Particularmente, carecemos de estudios sobre su naturaleza ideológica, por lo cual se justifica nuestra pretensión de analizar el conservadurismo que puede apreciarse en el pensamiento jurídico de Richard Posner.

Adicionalmente, hablar de conservadurismo jurídico significa aproximarse a un ámbito jurídico poco estudiado en México, no por ausencia del mismo sino debido, principalmente, a cuatro causas:

- Descrédito prejuicioso de la ideología conservadora derivado: a) de la restauración de la República en 1867 contra el imperio conservador y b) de la Revolución de 1910 contra el conservadurismo de Porfirio Díaz.
- Larga permanencia de gobiernos hegemónicos supuestamente revolucionarios, cuya retórica provocó una abrumadora confusión entre conceptos y realidades conservadoras y revolucionarias.
- Coexistencia de dos sistemas jurídicos de paralelas dimensiones, uno formal y otro informal,³ que originaron confusión sobre el contenido real del Derecho.
- Formalización y esterilización de la teoría *pura* del derecho kelseniano, que casi eliminó el debate teórico sobre los aspectos específicamente *conservadores* del sistema jurídico prevaliente.

Debido a la falta, en México, de antecedentes de debate teórico sobre esta materia, consideramos justificado proceder al análisis de Posner con un sintético marco conceptual que precise la significación del conservadurismo desde el punto de vista jurídico, las relaciones del conservadurismo con el liberalismo, político y económico, y con el pensamiento socialista. Esto es también necesario debido a la

² Andrés Roemer, en su *Introducción al análisis económico del Derecho* (México: ITAM-AMGE-FCE, 1994), comenta algunos aspectos de su pensamiento.

³ El sistema jurídico formal ha expresado principios revolucionarios anticonservadores como la defensa de los derechos sociales, la limitación de la propiedad privada, etc., sin embargo, el sistema jurídico informal, que ha sido, en realidad, el eficiente, ha favorecido los principios conservadores, los cuales generan la desigualdad social que prevalece.

profusión de literatura que, al analizar minucias y detalles sobre el conservadurismo, en muchas ocasiones ha perdido de vista el bosque.

EL CONSERVADURISMO JURÍDICO

El capitalismo, desde sus albores (siglos XI al XIII), generó tres corrientes básicas, por cierto contradictorias entre sí, sobre las que cursaría su devenir histórico, a saber:

- La lucha por la libertad de empresa, la libertad política y la libertad de conocimiento que, por su propia naturaleza, generan desigualdad sistémica entre los hombres,
- la lucha de los de abajo por la sobrevivencia y por la igualdad, y
- la lucha de los de arriba por conservar su *statu quo* privilegiado y por ampliar sus prerrogativas.

Las tres ideologías que han apuntalado las mencionadas luchas son, respectivamente:

- El liberalismo económico, el político y el jurídico.
- El pensamiento social o socialista.
- El conservadurismo.

Como toda ideología, el conservadurismo sostiene principios y valores esenciales, a saber:

- La incompatibilidad de la libertad con la igualdad económica.
- La legitimidad de la propiedad privada y de la desigualdad económica, por lo cual la acción estatal o revolucionaria por equilibrar las desigualdades sociales constituye un robo y un obstáculo para el desarrollo económico.
- El sufragio universal real y efectivo dificulta la toma de decisiones fundamentales por parte de las elites más preparadas, al involucrar a todos los afectados.

Aparte de esta plataforma fundamental, los grupos conservadores han preconizado diversos postulados acordes con cada situación nacional y con cada época. El sistema de partidos políticos, en boga a partir del siglo XIX, exigió que los partidos definieran explícitamente sus posiciones y programas de campaña. Con ese motivo se originaron debates sobre temas coyunturales en los cuales cada partido tenía intereses frecuentemente en conflicto; por un lado, trataba de diferenciarse ideológicamente y, por otro, trataba de ampliar el espectro de su clientela electoral. El intento teórico de encontrar consistencia entre las posiciones coyunturales de los partidos conservadores (pornografía, familia, aborto, educación, religión, etc.) y la ideología del conservadurismo ha llevado a análisis preciosistas y minuciosos que han olvidado, con frecuencia, la esencia del conservadurismo y se han reducido a tratar de identificar o de apropiarse temas de la esencia supuestamente conservadora. Esta microscopía ha terminado por desdibujar el básico fuste axiológico de esta ideología cuyos tres principios y valores acabamos de enunciar.

Como lo advertimos en la introducción, nuestro propósito es precisar lo esencial del conservadurismo con objeto de que nuestro análisis del pensamiento jurídico de Posner se centre en dicha esencia y no en aspectos circunstanciales de la ideología que comentamos, sin que, por ello, se nos pueda tildar de simplificadores.

Multitud de autores han tratado de definir los principios y valores esenciales del conservadurismo; el intento más reciente es el de Jerry Z. Muller.⁴ Basado en textos de distinguidos conservadores, este autor sostiene que, aparte de los tres postulados fundamentales que expusimos, la columna vertebral conservadora abarca, también, otras posiciones que él señala. Por el contrario, pensamos que éstas últimas han sido defendidas o son defendibles por conservadores o no conservadores, por lo que su asignación a los primeros ha sido y es sólo circunstancial. Consecuentemente, no debemos tomarlas en consideración en nuestro examen del pensamiento jurídico de Posner. Para fundar nuestra opinión, pero muy constreñidos por la extensión de este capítulo, enseguida enunciaremos las supuestas posiciones conservadoras recogidas por Muller y tras cada una de ellas haremos sola-

⁴ Jerry Z. Muller, ed., *Conservatism* (Princeton: Princeton University Press, 1997).

mente algunas anotaciones, con el objetivo de mostrar su carácter no esencial sino circunstancialmente conservador.

- Inconveniencia, y aún imposibilidad, de alterar el orden social espontáneo, basado en la costumbre y el hábito y reflejado en el sistema jurídico tradicional, mediante una teoría constitucional inventada racionalmente por grupos sociales interesados en trastocar el orden. El resultado de las pretensiones supuestamente racionales es exacerbar la condición que se desea remediar y poner en peligro valiosos logros previos.⁵

Al respecto, cabe decir que el orden social espontáneo tradicional, basado en la costumbre y el hábito lo defendieron los campesinos de Europa en sus famosas luchas contra los cambios constitucionales que los príncipes y el alto clero intentaban imponer (siglos XIII a XVI). En ese entonces, eran las mencionadas corrientes del capitalismo las que trataban de cambiar el orden espontáneo medieval por uno racional basado en la libertad de mercado. Consecuentemente, no es sostenible que la intocabilidad de un orden espontáneo sea propuesta esencial del conservadurismo, salvo que se considere como conservadoras a las luchas campesinas de Europa.⁶ En el mismo sentido, se tendría que reputar de conservadora la resistencia de las comunidades indígenas para sustituir su orden tradicional espontáneo por la modernización del mercado.

- Una equivocada motivación humanitaria combinada con abstracciones de la realidad conduce a los reformadores a promover conductas destructoras de las instituciones que han de conservarse, pues de ellas depende el desarrollo humano.⁷

Respecto de esta supuesta posición conservadora, baste recordar el ejemplo de los grupos anticastristas, cuya naturaleza conservadora es irrefutable, quienes se dicen movidos por una motivación

⁵ Muller, ed., *Conservatism...*, 14 y 16.

⁶ George Williams, *La reforma radical* (México: Fondo de Cultura Económica, 1983), 81-109.

⁷ Muller, ed., *Conservatism...*, 233-236.

humanitaria que combinan con la abstracción de la libertad de mercado para preconizar la reforma de las instituciones vigentes en Cuba.

- Los individuos requieren de restricciones impuestas por la sociedad para moldear su carácter y constreñir sus pasiones.⁸

En toda la historia, no existe posición ideológica, conservadora o revolucionaria, que no propugne por la educación como vía indispensable de socialización. Destacan en este sentido la prioridad otorgada, y aun el exceso en que han incurrido, en este sentido, las sociedades del llamado socialismo real que difícilmente podría identificarse como conservador. Por otro lado, la teoría psicoanalítica postula el carácter eminentemente restrictivo del super-yo, sin que haya quien catalogue esta teoría como conservadora.

- La familia es la más importante institución de socialización y la división laboral por sexos es esencialmente deseable.⁹

La presión puesta por los modelos económicos y jurídicos impulsados por los regímenes conservadores de Thatcher y Reagan sobre la familia para el necesario trabajo de los dos esposos, así como la falta de apoyos comunitarios para los hijos, muestran la inconsistencia de este postulado como esencial del conservadurismo. Asimismo, la falsa apropiación de la defensa familiar por parte del conservadurismo se evidencia con el siguiente párrafo del Manifiesto del Partido Comunista de 1848: “Las declamaciones burguesas sobre la familia y la educación [...] resultan más repugnantes a medida que la gran industria destruye todo vínculo de familia para el proletario y transforma a los niños en simples artículos de comercio, en simples instrumentos de trabajo”.¹⁰

⁸ *Ibid.*, 18, 187-189.

⁹ *Ibid.*, 18.

¹⁰ Carlos Marx y Federico Engels, *Obras escogidas* (Moscú: Edición en Lenguas Extranjeras, 1955), 39.

- El Estado debe censar los límites de la libertad de los individuos en la sociedad en favor del bienestar social (pornografía, obscenidad, homosexualidad, alcohol, tabaco, drogas).¹¹

Para demostrar la impertinencia de considerar este postulado como conservador por esencia sólo es necesario reflexionar que ningún sistema conservador ha alcanzado la eficacia que en materia de combate a las drogas han logrado los sistemas llamados de socialismo real y el colapso que sufrió ese combate, por ejemplo en la ex Unión Soviética, tan luego el modelo de gobierno se desplazó hacia paradigmas conservadores.

- La intervención del Estado en la economía no conduce a la eliminación de desigualdades, sino a la esclavitud de todos los ciudadanos por el ente estatal.¹²

Cualquier socialista antisoviético, antifascista o antinazi suscribiría este postulado sin por ello ser, por supuesto, conservador.

- La posibilidad del uso de la fuerza en las relaciones internacionales es ineluctable.¹³

La inclinación por la guerra es patrimonio de ideologías imperialistas, no necesariamente conservadoras, como quedó claro en la primera y segunda guerras mundiales y durante la llamada guerra fría. Además, la historia estadounidense del siglo xx nos convence de la inclinación por la guerra que indistintamente han mostrado los llamados demócratas y los republicanos, entre los cuales prevalecen mentalidades conservadoras. En todo caso, esta propensión al recurso de la guerra pudiera ser un postulado que aceptaríamos asignar al conservadurismo.

Una vez acotados los elementos esenciales de la ideología conservadora y eliminados aquellos que resultaron apropiaciones coyunturales

¹¹ Muller, *Conservatism...*, 358-374.

¹² Es evidente la repulsa conservadora de un Estado popular por su supuesta propensión a la opresión; sin embargo, parece ignorarse la posibilidad opresiva, frecuente en la historia, de los Estados de ideología conservadora.

¹³ Muller, *Conservatism...*, 19, 249-251.

o falsas, estamos en posición de definir el conservadurismo jurídico como la ideología que propugna por fundar el sistema jurídico nacional en los tres principios esenciales del conservadurismo arriba mencionados, con vista a preservar y ampliar las prerrogativas de los grupos propietarios, permitir la desigualdad económica y obstaculizar la democracia por consenso con efectiva participación de todos los afectados.

Para completar el marco conceptual requerido para nuestro análisis del pensamiento jurídico de Posner nos resta señalar la manera en que han devenido, interrelacionándose, el conservadurismo, el liberalismo (político y económico) y el socialismo. Para lo cual hemos distinguido tres etapas en la evolución del conservadurismo moderno, a saber:

Primera etapa: El conservadurismo se distancia del liberalismo político y declara su antagonismo al surgimiento de la clase trabajadora moderna, a la Ilustración y a la Revolución Francesa. Este periodo va de la segunda parte del siglo XVIII a la década de los años cuarenta del siglo XIX.

En esta etapa, el conservadurismo se caracteriza por su crítica y oposición a cuatro procesos de la modernidad:

- La eliminación de las relaciones e instituciones sociales de carácter feudal, estamentales y de asistencia comunitaria, que permitían mantener una situación de paz y contención entre las clases sociales, aristocracia-burguesía,¹⁴ Iglesia y trabajadores.
- La sustitución del sistema jurídico basado en la costumbre y la tradición por otro legislado que permitiera a un grupo de incipientes burgueses —o peor, de desheredados— desconocer los derechos adquiridos por el *establishment* y crear un nuevo orden en el cual dichos derechos fueran redistribuidos.
- El desplazamiento de los propietarios en el poder por grupos emergentes, en virtud de la democracia.¹⁵

¹⁴ Significamos con este concepto a la clase propietaria en su evolución de los siglos XVII, XVIII y XIX.

¹⁵ “Una democracia perfecta es la cosa más vergonzosa en el mundo. Así como también la más vergonzosa es la más atrevida”. Burke, *Reflections on the Revolution in France* (Lon-

- La separación entre Estado e Iglesia y entre Derecho y moral, equivalente a eliminar la coerción superyoica de los valores que mantenían el orden establecido mediante el control de las conciencias.¹⁶

Segunda etapa: El conservadurismo se alía con el liberalismo económico¹⁷ en contra del sufragio universal, de las corrientes socialistas y de la intervención del Estado en la economía. Este periodo comienza a partir del anterior y transcurre hasta después de la segunda guerra mundial.

Las características del conservadurismo en esa época se sintetizan de la siguiente forma:

- El socialismo, especialmente el marxista, surgió contra la desigualdad económica y la explotación de los trabajadores desatada por el liberalismo económico irrestricto. Se expresó como liberalismo socialista en contra de la opresión ya no directamente del poder estatal sino del poder del capital privado que, en virtud del liberalismo jurídico, no se encontraba constreñido por el poder público. En estas condiciones, los propietarios se alinearon en torno del conservadurismo, del liberalismo económico y del liberalismo jurídico para hacer frente al embate socialista.
- Por un lado, el conservadurismo criticó al liberalismo jurídico y al económico por destruir los dos elementos básicos de contención de los desheredados: el dominio político de la aristocracia y el cultural por parte de la religión. Pero, por otro lado, el conservadurismo preconizaba la educación burguesa para mejor

dres: Penguin Classics, 1986). Por su parte Irving Babitt vio en la democracia un *imperialismo* inextirpable que busca constantemente llevar la diversidad de la sociedad bajo su propio molde uniforme e igualitario. Citado por Robert Nisbet, *Conservadurismo* (Madrid: Alianza, 1989) 69.

¹⁶ “La única libertad que yo propongo es una libertad conectada con el orden; que [...] sólo existe junto con el orden y la virtud [...] las inclinaciones del hombre deben ser obstruidas frecuentemente, su voluntad controlada, y sus pasiones someterse a sujeción”, Burke, *Reflections on the Revolution...*, 28.

¹⁷ Entendido como libre comercio y como libertad de las fuerzas del mercado.

gobernar y producir, y el derecho penal¹⁸ como eje de la contención social.

- Ante la crítica marxista de la plusvalía como origen ilegítimo de la acumulación del capital, voces conservadoras opusieron la tesis de que el progreso material de la sociedad dependía de las elites de talentosos inventores, empresarios y financieros.¹⁹ Por tanto, los conservadores promovieron el derecho de protección de la propiedad intelectual que habría de devenir en el tipo de propiedad, diferente de la industrial, en que se expresaría la nueva revolución capitalista.
- Al proyecto socialista, el conservadurismo opuso las mismas tesis antiteoría y antirracionalismo que había esgrimido en contra de la Ilustración y la Revolución Francesa. Pero ahora con mayor acrimonia debido a que no se trataba de la sustitución del aristócrata por el arribista burgués, sino de la de ambos por la masa de trabajadores, entronizada en la *dictadura del proletariado*, en su versión más extremista.
- La toma del poder en Francia por el proletariado en 1848 y en 1870 persuadieron al conservadurismo, comenzando por el gobierno de Bismarck, de la necesidad de cooptar la *incomodidad socialista*, incorporando a los trabajadores definitivamente al sistema mediante el invento del Derecho del Trabajo moderno, bajo la forma de leyes de seguridad social. En el mismo sentido, el Partido Conservador inglés cedió relativamente en su aversión respecto a la intervención del Estado en la economía y su culto por el libre comercio, cuando al final de siglo lanzó iniciativas de ley proteccionistas.²⁰
- El liberalismo político trató también de cooptar el proyecto socialista. John Stuart Mill sostuvo: “[...] cuando deje de ser verdadero que, como regla general, la humanidad se prefiera a ella misma

¹⁸ Véase James Fitzjames Stephen, “Liberty, Equality, Fraternity”, en Muller, ed., *Conservatism...*, Originalmente publicado en 1874, 189-209.

¹⁹ Véase W.H. Mallock, “Aristocracy and Evolution: A Study of the Rights, the Origin, and Social Functions of the Wealthier Classes”, y Joseph A. Schumpeter, “Theory of Economic Development”, ambos, en Muller, *Conservatism...*; el texto de Mallock se publicó originalmente en 1898 y el de Schumpeter en 1934, 210.

²⁰ E.H.H. Green, *The Crisis of Conservatism* (USA-Canadá: Routledge, 1995), 334.

que a los otros, y a aquellos más cercanos que a los más remotos, a partir de ese momento el comunismo no sólo es practicable, sino la única forma defendible de sociedad". Más adelante agregó: "Por mi parte, al no creer en el egoísmo universal, no tengo dificultad en admitir que el comunismo incluso ahora sería practicable entre la elite de la humanidad, y podría llevarlo a ser entre el resto de ella". Y finalmente: "A partir de esas consideraciones acumuladas es evidente que la única [forma de gobierno] que puede satisfacer todas las exigencias del Estado social es una en la que toda la gente participe".²¹ El resultado fue el acercamiento del liberalismo al pensamiento socialdemócrata.

Tercera etapa: El conservadurismo resurge en franca lucha anticomunista, antiliberal²² y a favor del libre comercio y la globalidad, que ronda la década de los años cuarenta del siglo xx y llega hasta a nuestros días.

El conservadurismo se ha expresado en esta etapa de la siguiente manera:

- Los conservadores vieron en los Estados soviético, nazi y fascista las consecuencias de desenfrenar las utopías tanto igualitarias como excluyentes. Además, atestiguaron, durante los años cincuenta y sesenta, primero, la aparición protagónica del llamado tercer mundo que desafiaba la hegemonía de Estados Unidos y de Europa alzándose en la India (1950), en Cuba (1959), en Argelia (1962) y en regiones enteras como América Latina. Posteriormente, presenciaron en los propios países del primer mundo las rebeliones antibélicas y antisegregacionistas (Francia y Estados Unidos en 1968). El pensamiento conservador interpretó estos hechos como signos de descomposición social y moral en los países supuestamente triunfadores de las guerras.
- La década de los años setenta develó el desmoronamiento del modelo del Estado liberal benefactor, con el colapso del dólar

²¹ J.S. Mill, *Representative Government*, The Great Books (Encyclopaedia Britannica, 1982), 345.

²² Entendida aquí la corriente liberal como la defensora de las libertades y derechos humanos y sociales.

(1971), la desestabilización de la economía del primer mundo a manos de la OPEP (1973) y la conversión de la ONU de ser el *Club de los Aliados* a el *Foro Socializante de los no-alineados* a través del Código de Conducta de las Empresas Transnacionales,²³ el Código de Transferencia de Tecnología²⁴ y de la Carta de Deberes y Derechos Económicos.²⁵ El derecho internacional, ámbito tradicionalmente de dominio de los conservadores, comenzó a tomar tintes socializantes.

- Para los conservadores, eran *las consecuencias de desenfrenar las utopías igualitarias*, imposibles de cumplir y que, en cambio, desestabilizaban el *statu quo*. Era de nuevo la rebelión de las masas. Tenían que ser sometidas antes que su soberbia llegara a repetir alguna de las grandes revoluciones con una previsible reacción en cadena. La respuesta fue la alianza cerrada, desde los años ochenta hasta nuestros días, entre conservadurismo y liberalismo económico, en sus formas *neo*. Sus éxitos fueron el derrumbamiento del muro de Berlín, de la misma Unión Soviética y del Estado benefactor. Los principios rectores, de parte de los conservadores, fueron los programas de ajuste económico promovidos por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, que eliminan las pretensiones igualitarias y, de parte de los liberales, la globalización y el derrumbe a ultranza de las barreras al comercio exterior.
- Este embate conservador precisaba de una teoría jurídica *ad hoc*. Entre las propuestas factibles estaba el *decisionismo* de Carl Schmitt, según el cual es la autoridad y no la verdad quien hace la ley; sin embargo, su vinculación con el pensamiento nazi lo había desacreditado y, además, resultaba poco atractivo para la alianza conservadurismo-liberalismo debido a la hostilidad manifiesta del

²³ El *Code of Conduct of Transnational Corporations* llevó el tema al foro de las Naciones Unidas en la resolución A/Res/45/186, aunque ya aparecía esbozado desde 1974 en la resolución A/Res/3201 (S-VI), *Declaration and the programme of Action on the establishment of a new international economic order*.

²⁴ El Código de Transferencia de Tecnología se promovió en los años setenta y fue aprobado en 1983, en la Asamblea de la ONU en la resolución A/Res/40/184.

²⁵ La Carta de Deberes y Derechos Económicos de los Estados fue expuesta ante la Asamblea General de la ONU en 1974.

jurista alemán hacia la economía de mercado. Tampoco le era más atractivo el formalismo de Hans Kelsen, pues vaciar el Derecho de todo contenido concreto, reduciéndolo a una estructura formal, implicaba un sistema jurídico de poca utilidad para los problemas prácticos que había que resolver. El movimiento conservador necesitaba, pues, una reconstrucción del pensamiento jurídico que diera respuesta a los problemas concretos del mercado, o sea, que catalizara la eficiencia y la productividad, sin cuestionar jamás el papel prioritario de la lógica de acumulación capitalista ni la desigualdad económica. Una importante propuesta en este sentido es el pensamiento jurídico de Posner.

EL CONSERVADURISMO EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE RICHARD POSNER

A la luz del marco conceptual expuesto, hemos analizado las categorías jurídicas fundamentales sustentadas por Posner. Como resultado, hemos arribado a seis tesis sobre el contenido conservador de su pensamiento jurídico. Enseguida procedemos a enunciar dichas tesis para, posteriormente, manifestar los argumentos que las sostienen.

Richard Posner:

1. Le niega autonomía al Derecho y lo supedita a la economía liberal.
2. Por economía entiende, reducidamente, el liberalismo capitalista.
3. Inicialmente propone una racionalidad económica y jurídica positivista. Posteriormente, se desplaza hacia un pragmatismo sólo dirigido a justificar la propiedad privada y la libertad de mercado.
4. Considera al *common law* como preferible frente al derecho legislado mediante el cual el Estado interfiere en el orden privado.
5. Se opone a la teoría constitucional por los principios axiológicos reivindicatorios que podría suponer.
6. Se opone a la democracia, tanto normativa (trascendental) como procedimental (medio para lograr consensos) por los propósitos de justicia social que podría implicar.

Analicemos los textos posnerianos de los que derivan las mencionadas tesis y saquemos algunas conclusiones.

Negar autonomía al Derecho y supeditarlo a la economía liberal

Afirma Posner:

La autonomía se refiere a la autosuficiencia del Derecho y tiene dos aspectos. El primero es la autonomía del Derecho frente a la sociedad —la idea de que el Derecho tiene su propia lógica interna y, consecuentemente, cuando cambia lo hace en respuesta a impulsos de su naturaleza interna—. [...] El segundo aspecto de la autonomía es la independencia del pensamiento legal respecto de otras disciplinas, como la economía. [...] El Análisis Económico del Derecho, casi por definición, niega la autonomía del Derecho.²⁶

Y agrega: “[...] puede ser posible deducir las características formales básicas del Derecho mismo de la teoría económica”.²⁷ Posner admite que en el primer sentido el Derecho sí goza de autonomía, en la medida que es impersonal, objetivo, se basa en el gobierno de las leyes y no en el de los hombres y que posee métodos característicos de investigación y análisis. Pero en el segundo sentido, como independencia de otras disciplinas y marcos teóricos, niega rotundamente que el Derecho sea autónomo.

Nos parece que Posner tiene razón al decir que no hay que confundir el concepto de *autonomía* aplicado a una ciencia, en este caso a la jurídica, con el de *aislamiento* o con el de *independencia* como contraposición a *interdependencia* y *multidisciplinarietà*. La autonomía del Derecho, por el contrario, significa que se trata de un sistema cognoscitivo sustentado en principios y postulados propios que mantiene una unidad lógica, una unidad de racionalidad. Principios propios de la ciencia del Derecho son, por ejemplo, los conceptos de persona, de obligación, de voluntad vinculante, de igualdad de las partes

²⁶ Richard Posner, *Overcoming Law* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1995), 17-18.

²⁷ Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (Boston: Little Brown, 1986), 242.

en el proceso judicial, de sentido de justicia, etc. Elementos de su racionalidad propia son la hermenéutica jurídica, la jerarquía de las normas, las reglas de solución de conflictos en el tiempo y el espacio, la justicia entre iguales y entre desiguales, etcétera.

La autonomía del Derecho no impide su relación de interdependencia con las demás ciencias. Sin embargo, su vinculación con la economía, con la política, con la sociología, etc. no es de subordinación y dependencia, como sostiene Posner, sino de interdependencia. A fin de cuentas, el sentido de los fenómenos sociales depende del juego de lenguaje desde el cual se los considere; por ejemplo, un tratado internacional tiene diferentes *sentidos* según se considere desde cada ciencia social autónoma. Así, dicho tratado tendrá un significado jurídico, uno político, otro económico, etc., pero no será el Derecho el que *ilumine* a las otras ciencias para definir su *significado*, pues la *autonomía* de cada una de ellas les permitirá tal definición. En otras palabras, entre las ciencias sociales existe autonomía e interdependencia, pero no existe subordinación.

¿Qué pretende la negación posneriana de la autonomía de la ciencia jurídica? Veámoslo con las propias palabras de nuestro autor: “El Derecho es un sistema, tiene una unidad a la cual el análisis económico puede *iluminar*”.²⁸ ¿Cuál es la racionalidad con la que el Derecho es *iluminado* por la economía? En palabras de Posner la respuesta es:

- “[...] la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo de recursos limitados en relación con los deseos humanos. [...] el ser humano es un maximizador racional de sus fines en la vida”.²⁹
- “La conducta es racional cuando se conforma al modelo de la elección racional [*rational choice*]”.³⁰
- “Que el hombre sea un maximizador racional de sus intereses implica que responda a incentivos”.³¹
- Los individuos “se asume que tratan de maximizar su utilidad”.³²

²⁸ Richard Posner, *Economic Analysis of Law...*, xx. Las cursivas son mías.

²⁹ *Ibid.*, 3.

³⁰ *Ibid.*, 3.

³¹ *Ibid.*, 4.

³² *Ibid.*, 5.

- La utilidad es el costo-beneficio positivo esperado en una transacción.³³ La elección racional es eminentemente conmensurable, por lo que es cuantitativa y no cualitativamente elegible.
- “Cuando los recursos se asignan en una transacción voluntaria, se puede estar razonablemente seguros que la asignación implica un incremento en eficiencia”.³⁴
- Una transacción es eficiente (concepto tomado de Kaldor-Hicks) si el daño generado a una persona, grupo o clase social no excede al beneficio total generado a otra persona, grupo o clase social. Por ejemplo, si A pide \$12 por su mercancía y B ofrece \$5, la venta se realiza en \$10 y, por tanto, hay un beneficio total de \$7; por ende, si el daño causado a un tercero no excede de \$7 la transacción es eficiente.³⁵ O dicho de otra manera, “Cuando los recursos son asignados a la actividad donde su valor mayor sea, su empleo es eficiente”.³⁶

En síntesis: Un hombre elige racionalmente, por principio, por tanto, maximiza su utilidad en términos costo-beneficio mediante la asignación eficiente de sus recursos, siempre que sus transacciones sean voluntarias (libres) y, también, que el beneficio total de la transacción (del oferente y del demandante) no exceda por el perjuicio que la transacción genere a un tercero. En consecuencia, la racionalidad del hombre, según Posner, es constitutiva y no regulativa,³⁷ en la medida en que es una calificación total que no admite ser más o menos racional. De esta suerte, reduce la regulación jurídica del hombre al cálculo económico de su conducta pero desdibuja al hombre real y, sobre todo, elimina su contenido axiológico.

Dejemos que el Premio Nobel Douglass North refute la exposición posneriana de la *teoría de la utilidad esperada*³⁸ que subyace a las

³³ *Ibid.*, 11.

³⁴ *Ibid.*, 13.

³⁵ *Ibid.*, 12.

³⁶ *Ibid.*, 9.

³⁷ Entendemos por racionalidad constitutiva la que se predica como propiedad de un objeto y por regulativa la que califica el grado de racionalidad de una acción.

³⁸ Esta teoría guarda, no obstante, diferencias con el utilitarismo, porque para Posner el Análisis Económico del Derecho es distributivamente neutral, ya que según él hay un contraste

asunciones conductuales de la economía neoclásica. “En los pasados veinte años esta corriente ha estado bajo severo ataque desde los métodos económicos experimentales, psicológicos, y otros que han revelado sustanciales anomalías empíricas, entre ellas:

- Violaciones de las asunciones de transitividad;³⁹
- formas alternativas de representar el mismo problema de elección resultan en diferentes elecciones;⁴⁰
- La ordenación de objetos sobre la base de sus valuaciones reportadas contradice el ordenamiento en las situaciones directas de elección,⁴¹ además,
- Problemas en la formulación, manipulación y procesamiento de probabilidades subjetivas resultan en elecciones inciertas”.⁴²

Todavía más, ¿podemos aceptar la sugerencia posneriana de colocar en la base del Derecho la asunción de *hombre racional*? ¿Qué no ha sido suficiente un siglo de desarrollo psicoanalítico para descartar la narcisista autoimagen del hombre como un ente completamente racional? ¿Qué fueron en vano las luchas sociales de los siglos XIX y XX, incluyendo nuestra revolución y la constitución resultante? ¿Es serio aún tratar de fundar el Derecho en la privatización de la justicia social mediante la caridad altruista? Por último, ¿podemos aceptar como promisoria para resolver los problemas de México la teoría llamada Análisis Económico del Derecho, representada por Richard

entre eficiencia y utilidad como bienes sociales. Mientras que el utilitarismo hace de la redistribución una parte importante de su idea de justicia, la eficiencia que promueve el Análisis Económico del Derecho toma como supuestos dados y permanentes la distribución existente de la riqueza y el ingreso.

³⁹ Las asunciones de transitividad son aquellas que dicen que si un agente racional prefiere A a B y B sobre C, entonces debería preferir A sobre C.

⁴⁰ Es decir, en un contexto estratégico no podemos tomar las decisiones como dadas, sino que éstas tienen un carácter interdependiente y el curso que tomen será distinto cada vez dependiendo de las creencias y deseos de los agentes.

⁴¹ Esto significa que la escala de valoración que se usa como criterio para jerarquizar un conjunto dado de preferencias o de posibles vías de acción está en función de la elección concreta que deba llevar a cabo el agente: tal vez en abstracto prefiera A a B, pero bajo ciertas circunstancias concretas prefiera B a A.

⁴² Douglass North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1991), 18.

Posner, que en conclusión propone adecuar el Derecho con el parámetro *racional* e *iluminador* del neoliberalismo, cuando el saldo de los pasados quince años ha sido cuantitativa y cualitativamente tan desalentador?

Por economía se entiende, reducidamente, el liberalismo capitalista

De la subordinación del Derecho respecto de la economía, propuesta por Posner, se infiere que el Derecho es *iluminado* normativamente por la economía en la medida que propicie:

- Que no se obstruya la libertad en las transacciones de los particulares para que éstas sean racionales. O sea, que no se limite la libertad de contratación por supuestas razones de justicia social.
- Que las transacciones entre particulares sean libres, sin interferencia estatal, para generar eficiencia, último fin de la economía. Por ende, deben evitarse las transacciones no voluntarias, como son los impuestos, pues reducen la eficiencia y constituyen propiamente un robo a los propietarios.⁴³
- Que el perjuicio generado por una transacción privada no demerite su eficiencia, en cuanto a que no exceda del beneficio acumulado de las partes privadas en la transacción. Consecuentemente, es legal el daño causado a un tercero, llámese ambiente, si es menor que el beneficio privado generado.

La propuesta posneriana resulta ser solamente una reformulación (aunque un poco anacrónica) de la conocida *mano invisible* smithiana que genera el bienestar social, con la condición de que el Estado no interfiera las transacciones entre particulares. O sea, el Derecho debe ser *iluminado* por el liberalismo económico.

En este sentido, afirma Posner:

Es menos probable que una transacción legalmente coaccionada promueva mejor la felicidad que una transacción de mercado, porque la mi-

⁴³ Richard Posner, *Economic Analysis of Law...*, 436.

sería de los perdedores (no compensados) puede exceder la alegría de los ganadores. Y si los esfuerzos legales para simular los resultados del mercado no promueven la felicidad, entonces ¿cómo pueden defenderse?⁴⁴

“El economista —dice Posner— puede predecir el efecto de las normas jurídicas y de los convenios sobre valor y eficiencia, y sobre la existente distribución del ingreso y la riqueza; [...]”.⁴⁵

De lo que podría creerse que tan luego como el economista *illumine* al jurista sobre los efectos del Derecho sobre el valor, la eficiencia y la distribución de ingresos y riqueza, éste último debe proceder a hacer una justa distribución. Sin embargo, no es así, la racionalidad neoliberal del Análisis Económico del Derecho niega la posibilidad de diseñar políticas y esquemas jurídicos promotores del cambio social para minimizar la desigualdad social. Por ello, dice Posner: “El proceso legal también reproduce el mercado y *su impersonalidad* en términos económicos, su subordinación en cuanto a consideraciones *distributivas*—. La *mano invisible del mercado* tiene su contraparte en el distante desinterés del juez”.⁴⁶ Este *desinterés*, que Posner maneja como *imparcialidad*, resulta ser desinterés por los problemas sociales de desigualdad y de deshumanización.

Posner reconoce que existe un aspecto en el cual la eficiencia no constituye el único criterio de elección social, pero esta excepción a la eficiencia no es (como sería deseable) de índole axiológica, sino que consiste en la prohibición de prácticas monopólicas⁴⁷ que, aunque eficientes, afectan el desarrollo tecnológico o la acumulación de capital.

La racionalidad del fondo o sustancia del Derecho debe ser la que ha sido económica. Pero no cualquiera, sino precisamente la que ha sido sostenida por la escuela neoclásica de la economía. De esta manera, el Análisis Económico del Derecho sostenido por Posner exhibe un evidente contenido ideológico al excluir de la racionalidad económica cualquier otra racionalidad diferente de la neoclásica. El resultado es que Posner sustrae a la decisión democrática de cada sociedad

⁴⁴ *Ibid.*, 14.

⁴⁵ *Ibid.*, 13.

⁴⁶ *Ibid.*, 493. Las cursivas son mías.

⁴⁷ *Ibid.*, 12.

la capacidad para decidir cuál racionalidad económica debe infundir al Derecho como sistema normativo público de la acción social.

Inicialmente se propone una racionalidad económica y jurídica positivista. Posteriormente, se desplaza hacia un pragmatismo sólo dirigido a justificar la propiedad privada y la libertad de mercado

El pensamiento de Posner no obedece a una línea filosófica continua, como se puede apreciar en sus dos obras principales: *Economic Analysis of Law* (edición de 1986), y *Overcoming Law* (1995).⁴⁸ En la primera es positivista, en la vertiente conductista, y en la segunda es pragmatista.

En seguida exponemos los postulados básicos del positivismo y demostramos cómo se manifiestan en el pensamiento posneriano. Dichos postulados básicos son:

- a) La base de todo conocimiento es la experiencia.
- b) El ámbito científico está aislado del axiológico.
- c) La ciencia no tiene contradicciones, por lo que su lógica es la formal y no la dialéctica.
- d) La metodología de la ciencia es deductiva a partir del conocimiento empírico.

Postulado a) En la base de la teoría posneriana del comportamiento humano está el *conductismo*. Dice el autor: “El concepto del hombre como un maximizador racional de su propio interés implica que la gente responde a incentivos”,⁴⁹ “[...] la economía es la ciencia instrumental por excelencia. Su proyecto no es reducir la conducta humana a alguna propensión biológica o alguna facultad de la razón. Es construir y probar modelos de conducta humana con el propósito

⁴⁸ Este desplazamiento lo había anunciado desde su obra *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990), así como en “What has Pragmatism to Offer Law?”, en Michael Brint, ed., *Pragmatism in Law and Society* (Boulder, Co.: Westview, 1991). Empero, basamos nuestro análisis en *Overcoming Law*, por ser una obra más acabada y más reciente.

⁴⁹ Richard Posner, *Economic Analysis of Law...*, 4.

de predecir y (cuando sea apropiado) controlar esa conducta”.⁵⁰ Sobre las limitaciones científicas del conductismo remitimos a la extensa literatura sobre el particular.⁵¹

Por último, el pretendido empirismo posneriano se queda en axioma sin referente en la experiencia, como se desprende de la siguiente afirmación: “Aunque la asunción de que los seres humanos [...] son racionales es importante para la construcción de modelos matemáticamente manejables de conducta económica, los modelos mantienen una aproximación útil aun cuando el presupuesto sea falso”.⁵²

Postulado b) Las consecuencias de ver al hombre como un agente racional que responde a *incentivos externos*, antes que como un poseedor de derechos inherentes a su naturaleza, es, implícitamente, la de aceptar un modelo *formal* de ser humano, cuya composición ética sea irrelevante o, dicho con otras palabras, la que determine la evolución espontánea del mercado. Consecuentemente, para Posner: “[...] la economía no proporciona respuesta a la pregunta sobre si la distribución existente del ingreso y la riqueza es buena o mala, justa o injusta [...] ni responde la pregunta última sobre si una asignación eficiente de recursos sería social o éticamente deseable”.⁵³

Postulado c) Para Posner “El Derecho es un sistema; éste tiene una unidad que el análisis económico puede iluminar”.⁵⁴ No importa qué tan disímbolos parezcan los campos del Derecho (*property rights, tort law, civil liability*, etc.), éstos poseen una lógica común. Y así lo dice Posner: “[las] doctrinas [de la *common law*] forman un sistema para inducir a las personas a que se comporten eficientemente, no sólo en mercados explícitos sino en la totalidad de las interacciones sociales”.⁵⁵ En este sistema posneriano, obviamente, no

⁵⁰ *Ibid.*, 15-16.

⁵¹ Sobre las pretensiones empíricas de la teoría del *hombre racional*, véase Douglass North, *Institutions...*, 18 y, en general, contra el conductivismo véase Paul Watzlawick, *¿Es real la realidad?* (Barcelona: Herder, 1981).

⁵² Richard Posner, *Overcoming Law...*, 17.

⁵³ Richard Posner, *Economic Analysis of Law...*, 13.

⁵⁴ *Ibid.*, xx.

⁵⁵ *Ibid.*, 230.

tiene espacio la lógica del comportamiento solidario social como no sea la caridad.

Postulado d) Dice Posner:

El tema básico de esta parte del libro ha sido la profunda relación entre orden legal y económico. Si hay tal relación puede ser posible deducir las características formales básicas del derecho mismo a partir de la teoría económica [...] “El requerimiento de que la ley trate a los iguales de igual manera es otra forma de decir que el derecho debe tener una estructura racional, porque tratar de manera distinta cosas que son iguales es irracional. La teoría económica neoclásica es un sistema de lógica deductiva.”⁵⁶

En realidad, dicho sistema de supuesta *lógica deductiva* conduce a un argumento circular. Veámoslo. El agente racional del análisis económico se presenta como si tuviera preferencias, deseos y creencias ya determinados con independencia de su personal pertenencia a una eticidad concreta. O sea, el Análisis Económico del Derecho presupone los intereses de una persona de tal forma que el actor parece perseguir sus propios intereses en cada acto de elección aislado. A partir de esta consideración, la utilidad personal se calcula como una representación numérica de las preferencias del actor, asignando una utilidad mayor a una opción “preferida”. Contra esta concepción A, Sen afirma: “En este enfoque se consideran «racionales» las elecciones de una persona si, y sólo si, todas estas elecciones pueden explicarse en términos de alguna relación de preferencia consistente con la definición de la preferencia revelada”.⁵⁷ Sin embargo, al explicar el comportamiento en términos de preferencias, que a su vez sólo se definen por el comportamiento, caemos en un argumento circular, esto es, la preferencia normativa depende de la preferencia empírica y a la inversa.

En fin, el positivismo posneriano pretende *administrar* la conducta humana. En el caso concreto, esta pretensión se manifiesta en el intento de comprender la compleja praxis social con el sólo esquema

⁵⁶ *Ibid.*, 242.

⁵⁷ F. Hahn y Martin Hollis, *Filosofía y teoría económica* (México: Fondo de Cultura Económica, 1979), 180-182.

del *homo economicus*, como *el hombre racional* que actúa en un orden espontáneo inasequible para ser transformado, pero entendible a través del esquema cognoscitivo de las *leyes del mercado*. Esta *irresponsabilidad* del Derecho es conservadora al proponer *llenar* el derecho positivo con un tratado de libre comercio o con una legislación fascista o antidemocrática, a condición de no violar las leyes del mercado ni intentar operar sobre las desigualdades sociales.

A partir del inicio de la década de los años noventa, varios de los escritos de Posner empezaron a explorar las posibilidades que ofrecía para el pensamiento jurídico la renovación del pragmatismo estadounidense.⁵⁸ Él mismo dice:

[...] creo que la economía es una de tres claves. Las otras son pragmatismo [...] y liberalismo, especialmente el de la tradición clásica, del cual John Stuart Mill es el principal representante. Así entendidos, pragmatismo y liberalismo se adecuan bien con la economía. Mi argumento es que un gusto por los hechos, un respeto por la ciencia social, una curiosidad ecléctica, un deseo de ser práctico, una creencia en el individualismo y una apertura a nuevas perspectivas [...] pueden hacer de la teoría legal un instrumento efectivo para entender y mejorar el Derecho, y las instituciones sociales en general, demostrando las ineffectuaciones del pensamiento legal existente y poniendo algo mejor en su lugar.⁵⁹

Específicamente, la referencia teórica pragmatista que Posner toma es la de Richard Rorty: "La particular disposición de la defensa de Rorty del falibilismo y el antifundacionismo para la teoría legal puede explicar por qué los juristas citan a Rorty más que a cualquier otro filósofo vivo".⁶⁰

¿Qué relevancia tiene esta elección posneriana de referente teórico? En la actualidad hay dos corrientes básicas que recuperan el pensamiento pragmatista: 1) el neopragmatismo estadounidense que, con base en los elementos históricos fácticamente presentes en la cultura,

⁵⁸ Entre esos escritos de Posner dos pueden considerarse como básicos, en este sentido: *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990) y "What has Pragmatism to Offer Law?", en Michael Brint, ed., *Pragmatism in Law and Society* (Boulder: Westview, 1991).

⁵⁹ Posner, *Overcoming Law...*, vii.

⁶⁰ *Ibid.*, 451.

busca los medios más adecuados para que los hombres se enfrenten al mundo, es decir, no entiende el pragmatismo como un método sino como el punto de partida natural del pensamiento y la acción. Escribe Rorty: “el pragmatismo debe definirse como la afirmación de que la función de la investigación es, en palabras de Bacon, «aliviar y beneficiar la situación de los hombres» —hacernos más felices permitiéndonos afrontar con más éxito el entorno físico y la convivencia”—.⁶¹

2) La otra corriente es la pragmática trascendental, elaborada por Apel y Habermas, la cual tiene como tarea investigar cuáles son las condiciones de posibilidad necesarias para toda argumentación y más allá de las cuales no es posible la reflexión.

En el sentido apeliano, el pragmatismo tiene como elemento filosófico básico la construcción consensual de la verdad a través de la acción comunicativa. Lo que equivale a decir que el camino de la verdad requiere la posibilidad real de los individuos para dialogar, debatir y llegar a fórmulas de consenso, no necesariamente de plena convergencia, para definir los valores que han de subyacer al quehacer político, económico y jurídico.⁶² O dicho desde la perspectiva del Derecho, el sistema jurídico, por medio de la práctica democrática, debe ser el sistema a través del cual los conflictos y problemas sociales han de ser procesados. Dicho proceso no solamente debe contar con la participación auténtica (no necesariamente directa) de todos los ciudadanos interesados, sino que éstos deben tener la posibilidad real de acceso a la información y de foro. Sólo así, el resultado del proceso será una fórmula jurídica de consenso, o sea, una ley, en la cual quede reflejada la fuerza del mejor argumento que otorgue la legitimidad que el Derecho debe tener para ser eficaz sin represión.

De lo anterior, debe seguirse que la desigualdad económica y social constituye un obstáculo esencial para la legitimidad del Derecho y, por ende, su equilibrio debe considerarse un objetivo prioritario de un sistema jurídico y político con racionalidad pragmática trascendental. Cualquier excusa para abordar problemas de desigualdad económica se contrapone, pues, a esta posición filosófica. Por ello, si la

⁶¹ Richard Rorty, *Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores contemporáneos* (Barcelona: Paidós, 1993), 49.

⁶² Véase Jorge Reyes, “Política y Pragmatismo”. Artículo inédito.

posición de Posner consiste en que el Derecho debe reflejar solamente las necesidades de una racionalidad de mercado, pero debe eludir cualquier esfuerzo contra la desigualdad que el propio mercado genera, es necesario reputar dicha posición francamente divergente del pragmatismo trascendental.

Pero todavía más, el pragmatismo no supone un diálogo y un debate formales que legitimen también de manera formal un consenso tirano, de mayoriteo, sino que en todo caso la comunicación social debe tener como referente criterios de validez axiológicos. Es en este punto que la ética del discurso, basada en el pragmatismo trascendental, puede servir como punto de vista crítico respecto a la concepción posneriana del Derecho. Porque, a diferencia del neopragmatismo estadounidense que defienden Rorty y, relativamente, Posner, la ética del discurso sí tiene criterios de validez con base en los cuales criticar los consensos existentes: “Toda norma válida —escribe Habermas— ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos laterales que del seguimiento general de la norma previsiblemente se sigan para la satisfacción de los intereses de cada uno, puedan ser aceptados sin coacción por todos los afectados”.⁶³

Este criterio está ausente en el pragmatismo estadounidense de Rorty (y, por ende, de Posner), para quien: “El pragmático nos dice que la conversación, la cual es nuestro deber moral continuar, es simplemente nuestro proyecto, la forma de vida de los intelectuales europeos. La conversación no tiene garantía metafísica ni epistemológica de éxito. Lo que es más [...] no sabemos qué signifique éxito, excepto simplemente continuidad”.⁶⁴ De tal manera, el consenso al que apela el pragmático Posner es el de las elites, no el derivado de una participación igualitaria de los afectados.

Al respecto, Posner afirma: “[acerca del término pragmatismo] entiendo un enfoque que es práctico e instrumental más que esencialista —interesado en lo que trabaja y lo que es útil más que en lo que «realmente es»—. ”⁶⁵ Lo que significa que Posner pretende instalarse en un *prag-*

⁶³ Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad* (Barcelona: Paidós, 1991), 68.

⁶⁴ Richard Rorty, *Consequences of Pragmatism* (Brighton-Sussex: Harvester Press, 1982), 172.

⁶⁵ R. Posner, *Overcoming Law...*, 4.

matismo cómodo no sujeto a criterios críticos de validez axiológica. Con ello, Posner comparte dos supuestos básicos de la tradición conservadora: una desconfianza en la planeación racional del cambio, basada en la crítica social, y una aversión casi total hacia los discursos del igualitarismo, por eso para él: “La democracia liberal es un medio, no un fin”.⁶⁶

Sin embargo, Posner contradice su pragmatismo formal, al referirse al *common law*, al que sí le atribuye un carácter normativo axiológico cuando asevera: “nuestros valores más profundos [...] viven bajo el pensamiento y dan garantías para la acción aun cuando no podamos dar a aquellos valores una justificación racional u obligatoria”.⁶⁷

¿A qué se debe que Posner se contradiga negando, primero, referente axiológico a su pragmatismo jurídico, y luego afirmando el fundamento axiológico de las resoluciones judiciales? Ya vimos que la primera posición es congruente con su postura conservadora que rehuye comprometer al Derecho con valores igualitarios; pero cuando se trata del *common law*, la cosa cambia por su carácter reproductor del sistema, ya que los jueces deben ceñirse al sentido de los precedentes judiciales en cumplimiento al principio de *stare decisis*, lo que equivale a perpetuar las condiciones generadoras y mantenedoras de la desigualdad. Esto es, el supuesto consenso social que, según Posner, legitima las resoluciones judiciales y que sólo es modificado en especiales condiciones por altos tribunales, es una fórmula en la que no participan las mayorías perdedoras de la desigualdad social. Finalmente, el propio Posner concluye: “Todo lo que realmente connota una jurisprudencia pragmatista [...] es un rechazo [...] a usar el Derecho como un instrumento para fines sociales”.⁶⁸

Preferir al common law frente al derecho legislado que supone interferencia estatal en el orden privado

Según Posner, para el Análisis Económico del Derecho, “el *common law* se explica mejor como un sistema de maximización de la riqueza

⁶⁶ *Ibid.*, 165.

⁶⁷ *Ibid.*, 192.

⁶⁸ *Ibid.*, 405.

de la sociedad”.⁶⁹ Esto implica que es el *common law* el derecho conforme al cual deben administrarse los recursos y factores económicos para optimizar resultados. Veamos la significación ideológica de sus conceptos sobre esta materia. Para ello, debemos examinar cada una de las tres partes en que nuestro autor divide al *common law*.⁷⁰

- La primera parte del *common law* la constituye el derecho de propiedad, que concibe como aquellos derechos para el exclusivo uso de los recursos valiosos.

Cabría preguntarle al autor: ¿o no son valiosos los recursos humanos (fuerza de trabajo), o se encuentran entre los derechos de propiedad? Lo que tendría que responder Posner es que los considera como mercancía y, por tanto, sometidos a las fuerzas del mercado. En esta concepción, el desempleo indicaría, simplemente, que la mercancía laboral en cuestión no es apreciada de momento y que sus productores tendrían que adecuarla, bajarle el precio o cambiar de producto. Evidentemente, existe un sector laboral ágil y apto para ajustarse a la demanda, sin embargo, la mayoría de los trabajadores de un país subdesarrollado difícilmente encontraría, en las condiciones del mercado, posibilidad alguna para superar el desempleo, subempleo o empleo informal, sin eficaces políticas laboral e industrial, políticas que Posner considera como ilegítimas formas de intervención estatal para violentar los derechos de los propietarios.

- La segunda parte del *common law* corresponde al derecho contractual, entendido como el marco para el movimiento voluntario de derechos de propiedad a manos de aquellos que paguen más por ellos.

Resulta insuficiente el razonamiento posneriano en el sentido de que con el derecho contractual del *common law* se “maximice la riqueza de la sociedad”. Parece olvidar nuestro autor que desde hace un siglo se sustrajo al factor *trabajo* del juego contractual privado, reco-

⁶⁹ R. Posner, *Economic Analysis of Law...*, 21.

⁷⁰ *Ibid.*, 29.

nociéndose que la *autonomía* de la voluntad tenía como límite el hambre y las necesidades primarias, inaugurándose, así, el derecho social. No es, pues, sólo el derecho contractual, sino especialmente el *derecho legislado* (contra el que Posner se alza llamándolo *invasor* de la esfera de la libertad privada),⁷¹ el que debe actuar para “maximizar la riqueza de la sociedad”, sobre todo respecto del factor trabajo que es el que más protección requiere del Derecho.

- La tercera parte del *common law* consiste en el derecho de las responsabilidades por daños materiales o personales, concebido para proteger los derechos de propiedad.

El individualismo liberal bajo el que Posner entiende las *responsabilidades jurídicas* lo priva de capacidad para comprender las responsabilidades sociales. Nos parece que sus posiciones no son sólo equivocadas, sino anacrónicas. ¿Cómo es posible todavía discutir la necesidad de políticas de Estado que mantengan la homeostasis del sistema capitalista, cuando actualmente el debate es sobre la pertinencia de llamar *sociales* a estas políticas, considerando que su función es alzar el umbral de las contradicciones sociales para desactivar relativamente la desigualdad inherente al sistema, en beneficio de la acumulación de capital?

¿Qué subyace tras la preconización posneriana del *common law* y su antagonismo hacia el derecho *legislado*? Para responder esta pregunta requerimos un breve vistazo a la evolución del *common law*. Éste surge con Enrique II, Enrique III y Eduardo I en los siglos XII y XIII, simultáneamente al surgimiento del capitalismo. Su propósito fue proveer un marco jurídico apropiado a la mercantilización de los factores productivos.⁷² Consecuentemente, la sustancia principal del Derecho, del *common law*, estaba constituida por la voluntad de las partes negociadoras expresada en sus contratos. Las leyes (inicialmente las de Eduardo I) ordenaron y sistematizaron los criterios de interpretación judicial que en forma espontánea y, por ende en ocasiones

⁷¹ R. Posner, *Overcoming Law...*, 25.

⁷² Bryce Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England* (Nueva York: Harper & Brothers, 1960).

contradictoria, habían ido surgiendo de las decisiones de las cortes de *common law*.⁷³

Cuando en el siglo xix se cataliza la corriente de derecho escrito a partir de la Revolución Francesa y surgen las luchas sociales en Europa, el *common law* ve aparecer, como rival, al derecho *legislado*, como lo llama Posner. Este derecho expresará la intervención del Estado en materia económica a través de las leyes antiesclavistas, laborales, electorales y antimonopolios. Tardíamente, en el siglo xx, se abrió paso en Estados Unidos la legislación laboral y de seguridad social a través del *New Deal*, como respuesta a la esperanza inicial que despertó la aparición de la Unión Soviética en combinación con la Gran Depresión a partir de 1929.

Así pues, la idea de Posner de que el *common law* es “un sistema de maximización de la riqueza de la sociedad” sólo se puede entender desde un punto de vista individualista liberal decimonónico que olvida el esencial factor disfuncional del capitalismo, que es la desigualdad económica y social y, por ende, las necesarias políticas públicas sociales.

Con el mismo anacronismo, Posner afirma que “la redistribución involuntaria [léase impuestos para financiar las políticas estatales redistributivas] es una forma de robo”.⁷⁴

Sobre el *common law*, agrega Posner que “forma un sistema para inducir a la gente a comportarse eficientemente, no solamente en los mercados explícitos sino en todo el rango de interacciones sociales”.⁷⁵ Esto equivale a proponer que el individualismo liberal contenido en el *common law* permea la totalidad de las interacciones humanas. Esto nos hace recordar la advertencia de Habermas en el sentido de que el capitalismo, como sistema, tiende a *colonizar* lo que él llama *el mundo de la vida*.

Finalmente, el mismo Posner disuelve en la nada sus conceptos sobre esta materia cuando cita a Max Radin, quien demuestra la “paridad entre las *leyes* y el *common law*”, en cuanto a que “los jueces

⁷³ No es el lugar para hacer notar las diferencias entre estas cortes y las de *equity*, las eclesiásticas y otras de la época.

⁷⁴ Posner, *Economic Analysis of Law...*, 436.

⁷⁵ *Ibid.*, 229.

tienen la misma libertad al decidir casos interpretando leyes que cuando deciden conforme al *common law* con base en precedentes judiciales”.⁷⁶

Oposición a la teoría constitucional por los principios axiológicos reivindicatorios que podría suponer

Posner se opone a basar el Derecho en teorías constitucionales. O lo que es lo mismo, a que el juez o cualquier otra instancia adopte una teoría acerca de la Constitución y a partir de ella critique, acepte o rechace los diferentes casos que se le presentan. El problema con las teorías constitucionales es, según Posner, que hipostasian el Derecho como si se tratara de una instancia trascendente a las prácticas sociales, que no toma en cuenta los compromisos concretos de los agentes sociales y cuyo proceder fuera el de un razonamiento deductivo a partir de premisas generales y definiciones claras. Por ello, dice:

Una teoría comprehensiva del derecho constitucional infringirá varios compromisos profundamente sostenidos sin sustentarse en argumentos decisivos. He ahí por qué la situación respecto a la teoría constitucional es de indeterminación práctica, llevando de regreso al jurista cauteloso al enfoque que procede cláusula por cláusula.⁷⁷

En contraste, Posner entiende el Derecho como una actividad guiada por interpretaciones judiciales y no como una teoría que procede mediante el razonamiento deductivo o analógico.⁷⁸ Por tanto, dice: “Le recuerdo al lector, en apoyo de mi enfoque sugerido, que la decisión judicial precede a la teoría articulada —porque el deber de resolver la disputa en cuestión es primero— [...] y que el instinto puede ser una guía más segura para la acción que el análisis”.⁷⁹ De esta manera, Posner hace del acto judicial de juzgar, la piedra de toque

⁷⁶ Posner, *Overcoming Law...*, 392.

⁷⁷ Posner, *Economic Analysis of Law...*, 186-187.

⁷⁸ Posner critica la abstracción constitucional, pero no critica la abstracción del ‘*hombre racional*’ y demás conceptos axiomáticos que incluye en su teoría.

⁷⁹ Posner, *Overcoming Law...*, 194.

de su concepción del Derecho, con lo cual despoja al Derecho de cualquier teoría objetiva y racional con base en la cual criticar y en dado caso reformar a la sociedad existente.

Para Posner, no hay mayor problema en prescindir de una teoría constitucional, ya que “el punto es que sólo nuestros valores más profundos [...] subyacen al pensamiento y proporcionan garantías para la acción incluso cuando no podamos darles a aquellos valores una justificación obligatoria o tal vez racional”.⁸⁰

Oposición a la democracia, tanto normativa (trascendental) como procedimental (medio para lograr consensos) por los propósitos de justicia social que podría implicar

En un importante párrafo,⁸¹ Posner comienza diciendo: “El liberalismo está en tensión con la democracia”. Lo que nos lleva a preguntar: ¿dónde radica el conflicto entre ambos conceptos? Como respuesta escribe: “[...] la democracia implica el imperio de la mayoría —y las mayorías con frecuencia están dispuestas a sojuzgar a las minorías—”. O sea, las esferas privadas de las minorías de propietarios tienden a ser *sojuzgadas* por las mayorías democráticas de los desheredados por un vicio irracional de las democracias, en cuanto atentan contra el resultado natural del liberalismo económico.

El párrafo finaliza diciendo: “Sin embargo, la democracia y el liberalismo se apoyan tanto como se oponen una al otro. Al colocar al gobierno bajo el control popular, la democracia reduce el poder estatal para conculcar la libertad; y, a su vez, la libertad es una precondición para una elección democrática informada y libre, o sea, auténtica”. De lo cual debemos inferir que, para Posner, la democracia tiene esencialmente en su base a la libertad de elección y no a la igualdad económica. Es evidente que, a partir de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y su interpretación federalista promovida por Marshall, se construyeron diversos instrumentos institucionales para mediatizar a las mayorías en la toma de deci-

⁸⁰ R. Posner, *Economic Analysis of Law...*, 192.

⁸¹ R. Posner, *Overcoming Law...*, 25.

siones, sobre todo en los países de mayores desigualdades. De algunos de ellos da cuenta Posner al aseverar que “[...] los liberales desean limitar el espectro de la política democrática mediante la separación de poderes y la revisión judicial de los actos del Ejecutivo y Legislativo”.⁸²

¿Cuál es, pues, la *tensión* del liberalismo con la democracia, a que Posner se refiere en el párrafo citado al principio? La democracia es admisible en la medida en que respeta la libertad de los propietarios, o sea el liberalismo (económico), y no pretende la generalización de la libertad entre todos los ciudadanos en la única forma en que ésta es posible: a través de la igualdad de oportunidades basada en una igualdad básica de asignaciones originales. Pero contra esto Posner dice: “[...] la lección de la historia está empañada por el hecho de que los Estados «liberales» modernos están impregnados de elementos socialistas”.⁸³

CONCLUSIONES

El pensamiento de Richard Posner presenta una propuesta jurídica conservadora, en la medida en que:

- Al Derecho le niega autonomía al asignarle un papel dependiente de la teoría económica, específicamente la neoliberal. Dicho papel consiste, básicamente, en propiciar el sistema de libre mercado.
- Le niega al Derecho compromiso ético alguno respecto a la desigualdad económica generada por el propio sistema capitalista.
- Trata de superar lo deleznable de su teoría axiomática neoliberal basada en *el hombre racional maximizador de su utilidad mediante la eficiencia*, por medio de un relativo desplazamiento a un pragmatismo de corte rortyano desprovisto de cualquier compromiso ético.
- Privilegia como fuente del Derecho las resoluciones judiciales, *common law*, en cuanto se basan en la interpretación de la vo-

⁸² *Ibid.*, 26.

⁸³ *Ibid.*, 27.

luntad de las partes. Con lo cual trata de regresar al derecho privado de la autonomía de la voluntad contractual, eliminando cualquier intervención del Estado para combatir la desigualdad económica y jurídica.

- Desdeña la teoría constitucional como propuesta de principios fundamentales de justicia y de derechos humanos y sociales.
- Rechaza la democracia como causa eficiente del Derecho, con el pretexto de que los poderes legislativos son rehenes de los *grupos mayoritarios*, con lo que pretende impedir la acción estatal para al menos limitar la exclusión social por falta de reales, y no formales, oportunidades de desarrollo.

Para finalizar, la problemática social, a la cual el Derecho tendría que abocarse, consiste en lo siguiente: el sistema capitalista ha liberado grandemente las potencialidades individuales de inventiva, esfuerzo (incluso sacrificio), inteligencia, audacia, habilidad, etc., en un contexto de competencia, donde unos ganan (los menos) y otros pierden (los más); ningún sistema económico ha superado al capitalismo en su potencia de largo aliento en la creación y concentración de riqueza (capital), pero tampoco en su capacidad generadora de desigualdades económicas individuales y sociales.

Ante esta problemática, Posner es conservador cuando coloca en la base de su racionalidad económica la admisión de la desigualdad social como un fenómeno sobre el cual sólo la *mano invisible del libre mercado* puede influir, pero nunca el Derecho ni la política. Cuando atribuye a *los economistas*, tecnócratas, la capacidad y facultad de determinar la racionalidad de la acción social regulada por el Derecho, es igualmente conservador, porque ello equivale a sustraer dicha facultad del foro democrático que sería el *ad hoc* para construir el consenso legitimador del Derecho y el espacio donde la justicia social podría no ser relegada, en la medida en que todos los grupos sociales puedan hacer valer la racionalidad de sus argumentos.

BIBLIOGRAFÍA

BRINT, MICHAEL, ed.

1991 *Pragmatism in Law and Society*. Boulder, Colo.: Westview.

BURKE, EDMUND

1986 *Reflections on the Revolution in France*. Londres: Penguin Classics.

GREEN, E.H.H.

1995 *The Crisis of Conservatism*. Londres: Routledge & Kegan Paul.

HABERMAS, JÜRGEN

1991 *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona: Paidós.

HAHN, FRANK Y MARTIN HOLLIS

1979 *Filosofía y teoría económica*. México: Fondo de Cultura Económica.

LYON, BRYCE,

1960 *A Constitutional and Legal History of Medieval England*. Nueva York: Harper & Brothers.

MALLOCK, W.H.

1997 "Aristocracy and Evolution: A Study of the Rights, the Origin and the Social Functions of the Wealthier Classes" (Londres, 1898), en J. Muller, ed., *Conservatism*. Princeton: Princeton University Press.

MARX, CARLOS y FEDERICO ENGELS

1955 *Obras escogidas*. Moscú: Edición en Lenguas Extranjeras.

MILL, J.S.

1982 *Representative Government*. The Great Books. Encyclopaedia Britannica.

MULLER, JERRY Z.

1997 *Conservatism*. Princeton: Princeton University Press.

NISBET, ROBERT

1989 *Conservadurismo*. Madrid: Alianza.

NORTH, DOUGLASS

1991 *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.

REYES, JORGE

Política y pragmatismo, Artículo inédito.

RORTY, RICHARD

1993 *Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores contemporáneos*. Barcelona: Paidós.

1982 *Consequences of Pragmatism*. Brighton-Sussex: Harvester Press.

ROEMER, ANDRÉS

1994 *Introducción al análisis económico del Derecho*. México: ITAM-AMGE-FCE.

SCHUMPETER, JOSEPH, A.

1934 *Theory of Economic Development*. New Brunswick, Nueva Jersey.

STEPHEN, JAMES FITZJAMES

1874 *Liberty, Equality, Fraternity*. Londres.

WATZLAWICK, PAUL

1981 *¿Es real la realidad?*. Barcelona: Herder.

WILLIAMS, GEORGE,

1983 *La reforma radical*. México: Fondo de Cultura Económica.

Obras de Richard Posner

Posner, Richard A.,

1970 *Cable Television: The Problem of Local Monopoly*. Santa Monica, Calif.: Rand Corp.

1973 *Regulation of Advertising by the FTC*. Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research.

-
- 1974 *Welcome, sinner*. Nueva York: Putnam.
-
- 1974 *Antitrust Cases, Economic Notes, and Other Materials*. St. Paul, Minn.: West Pub.
-
- 1976 *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.
-
- 1976 *The Robinson-Patman Act: Federal Regulation of Price Differences*. Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research.
-
- 1981 *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
-
- 1982 *Tort Law: Cases and Economic Analysis*. Boston: Little, Brown.
-
- 1985 *The Federal Courts: Crisis and Reform*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
-
- 1986 *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown.
-
- 1987 *Sweet Pain*. Nueva York: M. Evans.
-
- 1988 *Law and Literature: a Misunderstood Relation*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
-
- 1988 *Sparrow's Flight*. Nueva York: M. Evans.

-
- 1989 *Goodnight, Cinderella*. Nueva York: M. Evans.
-
- 1990 *Cardozo: A Study in Reputation*. Chicago: University of Chicago Press.
-
- 1990 *Intervention and Alchemy: A Public Art Primer*. Minneapolis, Minn.: Division of Visual Arts, First Bank System.
-
- 1990 *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
-
- 1992 *Sex and Reason*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
-
- 1993 *Sweet Sixteen and Never Been Killed*. Nueva York: Pocket Books.
-
- 1994 *Economics, Time, and Age*. Dublin: Economic and Social Research Institute.
-
- 1995 *Aging and Old Age*. Chicago: University of Chicago Press.
-
- 1995 *Overcoming Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
-
- 1996 *Law and Legal Theory in England and America*. Oxford: Clarendon Press; Nueva York: Oxford University Press.
-
- y ANTHONY T. KRONMAN
 1979 *The Economics of Contract Law*. Boston: Little, Brown.

- y KENNETH E. SCOTT
1980 *Economics of Corporation Law and Securities Regulation*. Boston:
Little Brown.
- y FRANK H. EASTERBROOK
1981 *Antitrust Cases, Economic Notes, and Other Materials*. St. Paul,
Minn.: West Pub.
- y WILLIAM M. LANDES
1987 *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge, Mass.: Harvard
University Press.
- y Francesco Parisi
1997 *Law and Economics*. Cheltenham, Glos-Lyme, N.H.: Edward Elgar.